

NUMERO 4 - 2016

GIUSTIZIA CIVILE

RIVISTA GIURIDICA TRIMESTRALE

ISSN 0017-0631

DIREZIONE SCIENTIFICA
GIUSEPPE CONTE - FABRIZIO DI MARZIO



ESTRATTO:

ANNA CARLA NAZZARO

Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”



GIUFFRÈ EDITORE

Indice

<i>Gli Autori di questo fascicolo</i>	662
CLAUDIO CONSOLO	
<i>Le opere e i giorni nel percorso vocazionale di Carnelutti: dalla “Commerciale” alla “Processuale”.</i>	665
GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI	
<i>Il diritto del lavoro di Francesco Carnelutti</i>	699
FULVIO GIGLIOTTI	
<i>Trust interno e atto di destinazione</i>	743
ROBERTO AMAGLIANI	
<i>Brevi note in tema di amministratore del supercondominio</i>	771
MARIANO ROBLES	
<i>L’ordine pubblico “economico” tra sistematica ed ermeneutica nel recente diritto dei contratti</i>	797
ANNA CARLA NAZZARO	
<i>Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”</i>	827
MARIA MADDALENA SEMERARO	
<i>Rischio d’impresa bancaria e discipline recenti</i>	849

Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra “familiari”

Il concetto di danno endofamiliare unisce due grandi temi, quello della famiglia e quello dell'illecito, che spesso sono stati reputati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come sistemi autonomi e non comunicanti. L'emergere di esigenze di tutela, soprattutto dei minori coinvolti, ha spinto la giurisprudenza, prima di merito e poi di legittimità, a superare le resistenze ideologiche, riconoscendo sempre più spesso il diritto al risarcimento del danno. Tuttavia, la categoria del danno endofamiliare, mal si concilia con l'eterogeneità delle fattispecie coinvolte, rendendo spesso difficile l'individuazione di caratteri comuni alle diverse ipotesi. Sarebbe forse opportuno allora, di là da generici ed eccessivi ampliamenti anche oltre il consentito del concetto di famiglia, un richiamo al pragmatismo e alla effettiva verifica della lesione degli interessi coinvolti, riconoscendo che se la persona e lo sviluppo della sua personalità sono prioritari, allora un qualunque comportamento che leda questi principi può essere considerato fonte di risarcimento del danno. La soluzione, tuttavia, non sembra lontana da quella individuata dalla nota sentenza della Cassazione che ha definito i criteri per il risarcimento del danno esistenziale e la caratterizzazione del rapporto come endofamiliare nulla aggiunge alla questione.

The concept of damage inside the family combines two major themes, that of the family and the tort, which have often been deemed by the doctrine and

jurisprudence as autonomous and not communicating systems. The emergence of the protection needs, especially of the children involved, has led to overcome ideological resistance, recognizing often the right to compensation. However, the category of the damage inside the family, does not comply with the heterogeneity of the situations involved; often it is difficult to identify common characteristics of the various cases. Perhaps we should, beyond generic and excessive extension of the concept of family, return to pragmatism and to the actual check of the lesion of the interests involved, recognizing that if the person and the development of his personality are a priority, then any behavior detrimental to these principles may be considered a source of compensation. The solution, however, seems not far from that identified by the judgment of the Supreme Court that defined the criteria for compensation for existential damage and the characterization of the relationship as “inside the family” nothing adds to the question.

Sommario: 1. Il concetto di danno endofamiliare nella famiglia. – 2. Violazione di doveri tra coniugi. Ambito di applicazione del dovere. – 3. Contenuto del dovere e imputabilità del danno. – 4. Il danno endofamiliare senza famiglia e senza convivenza. – 5. Danno endofamiliare e comportamento omissivo.

1. - Il concetto di danno endofamiliare nella famiglia.

L'acceso dibattito che ancora oggi continua a riempire le aule di tribunale e le pagine delle riviste giuridiche sul c.d. danno endofamiliare ¹ rappre-

¹ Non è certo questa la sede per richiamare i numerosissimi autori che si sono occupati del tema, basti quindi un rinvio, necessariamente incompleto, alle opere più risalenti rinviando gli aggiornamenti al prosieguo della trattazione: S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, spec. 32 ss; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, 605 ss.; R. PARTISANI, *Sulla risarcibilità del danno cagionato in violazione dell'obbligo di fedeltà coniugale*, in *Resp. comunic. e impr.*, 2003, 87; A. FRACCON, *La responsabilità civile fra coniugi: questioni generali e singole fattispecie*, in P. CENDON (a cura di), in *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, vol. III, Padova, 2004, 2801; M. PALADINI, *Responsabilità civile nella famiglia: verso i danni punitivi?*, in *Resp. civ. e prev.*, 2007, 2005 ss.; T. MONTECCHIARI, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008, 184 ss.; F. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eu. e dir. priv.*, 2008, 929; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano, 2009, 16 ss.; A. ASTONE, *Crisi coniugale*

senta un sintomo della permeabilità del sistema giuridico alle istanze sociali dovuta alla sempre presente necessità di adeguamento della regola giuridica ai cambiamenti della società civile ².

Per questa ragione, e forse perché la famiglia è più di ogni altro un istituto difficile da regolamentare, (perché il concetto stesso trova un presupposto sociale che, com'è noto, spesso prevale sulle rigide scelte legislative) ³ il problema del danno endofamiliare appare, soprattutto nelle pagine di dottrina, ingigantito da presupposti dogmatici ⁴ che complicano la soluzione di problemi i quali avrebbero invece, in altra sede, trovato più facile composizione ⁵.

e responsabilità civile, in G. FERRANDO-M. FORTINO-F. RUSCELLO (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in P. ZATTI (diretto da), *Trattato di diritto di famiglia*, Vol. I, Padova, 2011, 1813 ss.; M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. e succ.*, 2011, 14.

² La locuzione unisce due grandi temi, quello della famiglia e quello dell'illecito, che forse più degli altri rappresentano il segno della connessione tra realtà sociale e realtà giuridica. Sul punto, in special modo per il dinamismo del sistema della responsabilità civile v., P. PERLINGIERI, *Le funzioni della responsabilità civile*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, 115 ss. Per il rapporto tra regola giuridica e realtà sociale d'obbligo il rischiamo a S. PUGLIATTI, *Fiducia e rappresentanza indiretta*, in Id., *Diritto civile. Metodo, teoria e pratica. Saggi*, Milano, 1951, 216 ss. Di recente, v., P. GROSSI, *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, in Id., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007, 58 ss.; A. FALZEA, *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, III, Milano, 2010, 416 ss.

³ Per una approfondita riflessione sui cambiamenti sociali che hanno mutato il concetto anche giuridico di famiglia v., P. STANZIONE, *Rapporti personali nella famiglia: l'esperienza europea*, in *Famiglia*, 2001, 1097. È noto, peraltro, il lungo e oramai risalente dibattito sulla socialità del concetto di famiglia e sul ruolo (guardiano o propositivo) dello Stato. Si veda per una recente riflessione, E. GIACOBBE, *Le persone e la famiglia*, Torino, 2011, 12 ss.

⁴ Per ripercorrere il lungo cammino che da una concezione pubblicistica ha condotto alla attuale idea privatistica della famiglia, cfr., G. OBERTO, *I contratti della crisi coniugale*, I, Milano, 1999, 104 ss.; M. DOGLIOTTI, *La potestà dei genitori e l'autonomia del minore*, in A. CICU-F. MESSINEO-L. MENGONI-P. SCHLESINGER (diretto da), *Trattato di diritto civile e commerciale*, VI, 2, Milano, 2007, 512 ss.; G. VETTORI, *Diritti della persona e unità della famiglia trent'anni dopo*, in *Pers. fam. e succ.*, 2007, 197 ss. Il passaggio da una visione pubblicistica ad una privatistica sarebbe il principale fattore che ha indotto gli interpreti ad ammettere il rimedio risarcitorio; a tal riguardo cfr., G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, in *Fam. pers. e succ.*, 2012, 97 ss.; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, in F. LONGO (a cura di), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino, 2004, 48 ss.; M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.*, 2006, 585 ss.; G. FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, cit., 398 ss.

⁵ Ciò deriva da un malinteso concetto di immunità della famiglia, per il quale basti qui il riferimento a A.C. JEMOLO, *La famiglia e il diritto*, in *Annali della facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania*, ora in Id., *Pagine sparse di diritto e storiografia*, Milano, 1957, 241. La dottrina è tuttavia orientata comunque, da tempo, in senso opposto. V., per tutti, P. RESCIGNO, *Immunità e privilegio*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 438 ss. Il tema dell'applicabilità delle norme sulla responsabilità civile ai rapporti familiari non è comunque nuovo e anzi è anche già stato affrontato dal legislatore con la l. 8 febbraio 2006, n. 58, che ha introdotto l'art. 709-ter nel Codice di procedura civile il quale, com'è noto, prevede espressamente la possibilità che al

In un'analisi scevra da condizionamenti ideologici, occorrerebbe da subito avvertire che l'ampiezza delle fattispecie ipotizzabili induce a dubitare della utilità della categoria ⁶; infatti essa non sempre risulta coerente con il significato attribuito al termine endofamiliare ⁷, prospettandosi ipotesi di danno c.d. endofamiliare anche ove la famiglia manchi, o il comportamento del danneggiante non sia violativo di doveri, in senso lato, familiari. Ove, invece, famiglia (in senso tradizionale) vi sia, il problema, lungi dall'essere risolto, si complica in ragione del differente rilievo giuridico dei rapporti tra coniugi rispetto a quello tra genitori e figli. In altri termini, se i danni pur lamentati da un coniuge, derivanti dal comportamento illecito dell'altro, pongono problemi di definizione, a causa della disponibilità della regolamentazione dei rapporti tra coniugi ⁸, al contrario, i danni causati ai figli dal comportamento illecito dei genitori conducono necessariamente ad una valutazione più rigida che assume come base l'inderogabilità dei doveri imposti dalla responsabilità genitoriale. In queste ultime ipotesi, ove cioè danneggiato sia il figlio, i metri di giudizio oggi devono essere necessariamente diversi a meno di non voler svuotare di

minore o ad uno dei coniugi venga riconosciuto un risarcimento dei danni derivanti dal comportamento di un coniuge che sia contrario ai canoni definiti nel provvedimento di affidamento. I rapporti tra la modifica della norma processuale e la nozione di danno endofamiliare sono indagati da F. DANOVI, *Gli illeciti endofamiliari: verso un cambiamento della disciplina processuale?*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, II, 293 ss.; L. AMBROSINI, *La responsabilità del genitore "inadempiente": accordi fra genitori e poteri del giudice anche alla luce della l. n. 219/2012*, in *Dir. fam. e pers.*, 2013, II, 1133 ss.; C. PIRRO, *Art. 709 ter c.p.c.: note sull'esercizio della potestà genitoriale*, in *Giur. it.*, 2013, 843 ss.; D. AMRAM, *Cumulo dei provvedimenti ex artt. 709-ter e 614-bis c.p.c. e adempimento dei doveri genitoriali*, in *Danno e resp.*, 2012, 783 ss.; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., 4 ss.

⁶ Ben consci che potrebbe trattarsi anche di una formula riassuntiva, si è scelto qui di discutere di categoria perché l'impressione è che questo sia lo strumento utilizzato dalla giurisprudenza con la quale si è deciso di dialogare nei paragrafi seguenti.

⁷ Per di più in considerazione della odierna difficoltà di definire la famiglia: cfr., sul punto, L. BALESTRA, *L'evoluzione del diritto di famiglia e le molteplici realtà affettive*, in T. AULETTA (a cura di), *Famiglia e matrimonio*, in M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, vol. IV, *Il diritto di famiglia*, 1, Torino, 2010, 1 ss.; V. SCALISI, *La famiglia e le famiglie*, in AA. VV., *La riforma del diritto di famiglia 10 anni dopo*, Padova, 1985, 433 ss.; (più di recente) ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità dell'Italia a oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1043 ss.; F.D. BUSNELLI, *La famiglia e l'arcipelago familiare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, 520 ss.

⁸ V., M. CAVALLARO, *Intese non patrimoniali fra coniugi*, in *Famiglia*, 2003, 360 ss.: «è proprio l'accordo fra i coniugi a dare un contenuto a taluni doveri, quali quello di collaborazione e di assistenza (morale) che, altrimenti, resterebbero sul piano della mera progettualità». L'A. conclude affermando che «sussiste la necessità di un'intesa volta a "concretizzarne" l'oggetto».

contenuto l'introduzione, con la recentissima riforma del 2012⁹, del concetto di responsabilità genitoriale, che travalica il concetto stesso di famiglia rendendo ormai non più revocabile in dubbio che dello sviluppo della personalità del minore sono responsabili *in primis* i genitori, per il fatto stesso della procreazione, indipendentemente cioè dall'esistenza di un rapporto di coniugio tra essi, o dall'aver effettuato o meno un atto di riconoscimento¹⁰. Ma si sa, trattandosi di rapporti personali, pur nella necessaria rigidità del giudizio, non è possibile definire in astratto un comportamento “modello”, poiché lo sviluppo della personalità (in sé variabile in relazione alle specificità del caso concreto) rappresenta l'unico parametro certo di valutazione per cui: altro sarà discutere di genitori che

⁹ È noto che alla legge in parola è seguito il d.lgs., 28 dicembre 2013, n. 154, “Revisione delle disposizioni vigenti in materia di filiazione, a norma dell'articolo 2 della legge 10 dicembre 2012, n. 219”. Non essendo questo uno scritto di commento alla legge o al suo decreto attuativo, i riferimenti alla riforma del 2012, presenti nel testo, siano intesi come riferimento alla totalità delle modifiche intercorse. Numerosissimi sono i commenti: G. CASABURI, *In tema di azione di dichiarazione giudiziale di paternità e di riconoscimento dei figli nati fuori dal matrimonio*, in *Foro it.*, 2015, I, 2141 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *La nuova disciplina sui figli dell'incesto*, in *Minorigiustizia*, 2015, 136 ss.; L. AMBROSINI, *Dalla “potestà” alla “responsabilità”: la rinnovata valenza dell'impegno genitoriale*, in *Dir. fam. e pers.*, 2015, II, 687 ss.; B. POLISENO, *In tema di decadenza o limitazione della responsabilità genitoriale*, in *Foro it.*, 2015, I, 2049 ss.; E.W. DI MAURO, *L'applicabilità del diritto transitorio nella riforma della filiazione e sue conseguenze. Profili di illegittimità costituzionale*, in *Fam. e dir.*, 2015, 442 ss.; S. TROLANO, *Novità e questioni irrisolte del diritto della filiazione a un anno dal completamento della riforma*, in *Studium iuris*, 2015, 277 ss.; F. TOMMASEO, *La tutela dell'interesse dei minori dalla riforma della filiazione alla negoziazione assistita delle crisi coniugali*, in *Fam. e dir.*, 2015, 157 ss.; S. POLIDORI, *Affidamento dei figli minori in seguito alla crisi, diritto all'ascolto, responsabilità genitoriale*, in *Foro nap.*, 2014, 790 ss.; L. BALESTRA, *La dichiarazione giudiziale di paternità e maternità alla luce della riforma della filiazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2014, 1223 ss.; M. PORCELLI, *La responsabilità genitoriale alla luce delle recenti modifiche introdotte dalla legge di riforma della filiazione*, in *Dir. fam. e pers.*, 2014, II, 1628 ss.; F. DONATI, *La famiglia nella legalità costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 12 ss.; C. PREVITI, *La filiazione. Il lungo cammino dell'“uguaglianza” nel diritto di famiglia*, in *Vita not.*, 2014, 1209 ss.; G. LISELLA, *Dichiarazione giudiziale di maternità e di paternità di figlio nato da relazione incestuosa e autorizzazione del giudice*, in *Fam. e dir.*, 2014, 846 ss.

¹⁰ Sul significato del concetto di responsabilità genitoriale, v., approfonditamente, E. GIACOBBE, *Il prevalente interesse del minore e la responsabilità genitoriale. riflessioni sulla riforma “Bianca”*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, 817 ss. Già ben prima della riforma la dottrina era comunque orientata nella medesima direzione. Cfr., G. BALLARANI, *Potestà genitoriale e interesse del minore: affidamento condiviso, affidamento esclusivo e mutamenti*, in S. PATTI-L. ROSSI CARLEO (a cura di), *L'affidamento condiviso*, Milano, 2006, 33, nt. 10; G. VILLA, *Potestà dei genitori e rapporti con i figli*, in G. BONILINI-G. CATTANEO (diretto da), *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Torino 1997, 259 ss.; F. GIARDINA, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1977, 1376 ss.

si sottraggono *in toto* alla responsabilità genitoriale ¹¹, perché ignorano i figli negando loro non soltanto il riconoscimento ma anche l'assistenza morale e materiale ¹²; altro sarà invece valutare le ipotesi di genitori che, pur dopo il riconoscimento e l'assunzione consapevole del proprio ruolo, causano ai figli danni, a volte ben più gravi, proprio perché quel ruolo travisano ¹³; altro ancora sarà valutare le differenti e variegate ipotesi di genitori separati o divorziati che assumano un atteggiamento ostativo ad un sereno rapporto tra l'*ex* coniuge e il figlio ¹⁴ o che omettano di mantenere un rapporto con lui ¹⁵, o infine, che non rispettino i diritti attribuiti dall'art. 2 della l. 10 dicembre 2012, n. 219, agli ascendenti ¹⁶.

Si impone, dunque, una preliminare opera di sistemazione delle differenti ipotesi, qui sommariamente delineate, per verificare se esista un punto di contatto che possa non soltanto contribuire a definire la fattispecie, ma anche individuare una disciplina specifica che giustifichi la creazione di una autonoma categoria.

Volendo anticipare conclusioni che saranno esplicitate nel prosieguo del lavoro, l'impressione è che non ci sia spazio né per la costruzione di una

¹¹ Significativo il caso deciso da Trib. Milano, 23 luglio 2014, in www.iusexplorer.it/Dejure, relativo ad un uomo che si era allontanato dal nucleo familiare disinteressandosi della figlia (che allora aveva pochi mesi) e lasciando alla madre tutte le incombenze, soprattutto economiche, legate alla crescita della minore. I giudici, oltre a riconoscere il regresso al genitore adempiente, individuano anche lo spazio per un risarcimento alla figlia del danno non patrimoniale *ex* art. 2059 c.c.

¹² Sul punto la giurisprudenza è, oramai da tempo, concorde: Cass., 4 maggio 2000, n. 5586, in *Fam. e dir.*, 2000, 549; Cass., 28 giugno 1994, 6217, in *Foro it.*, 1996, I, 251; Cass., 24 marzo 1994, n. 2907, in *Fam. e dir.*, 1994, 421.

¹³ Si tratta di ipotesi nelle quali l'intervento del genitore potrebbe ledere diritti del minore. Cfr., A. BUCCIANTE, *La patria potestà nei suoi profili attuali*, Milano, 1971, 118 ss.; M. DOGLIOTTI, *Patria potestà, diritti del minore e intervento del giudice*, in *Giur. merito*, 1976, I, 44; G. DOSI-C. DI BARTOLOMEO, *Abuso della potestà genitoriale e risarcimento del danno al minore*, in *Fam. e dir.*, 1996, 489 ss. In generale sui caratteri e sui limiti del c.d. rapporto educativo v., P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 919 ss.

¹⁴ Trib. Monza, 5 novembre 2004, in *Resp. civ. e prev.*, 2005, 280.

¹⁵ Anche il c.d. diritto di visita del genitore non collocatario non è valutabile in termini di diritto soggettivo poiché rappresenta anche un dovere giustificato dalla solidarietà, tra gli *ex* coniugi, degli oneri verso i figli. Così, Cass., 8 febbraio 2000, n. 1365, in *Giur. it.*, 2000, 1082 ss.; Cass. 19 aprile 2002, n. 5714, in *Fam. e dir.*, 2002, 415. Diverso, ma comunque fonte di responsabilità, è il caso in cui sia il genitore collocatario ad impedire le visite dell'*ex* coniuge: Cass. Pen., 4 giugno 2010, n. 32562, in *DirittoeGiustizia.it*, 2010; Cass. Pen., 11 marzo 2010, n. 10701, in *DirittoeGiustizia.it*, 2010; Cass. Pen., 14 ottobre 2009, n. 736, in *DirittoeGiustizia.it*, 2010.

¹⁶ Per il quale v., G.F. BASINI, *Violazione del così detto «diritto di visita dei nonni» e risarcimento del danno, dopo l'entrata in vigore della l. n. 219/2012*, in *Resp. civ. e prev.* 2013, 78 ss.

categoria autonoma, né per una interpretazione che voglia attribuire alla locuzione danno endofamiliare il semplice ruolo di formula riassuntiva di un novero di danni, poiché la varietà delle ipotesi in essa ricomprensibile non rende possibile individuare punti certi di contatto.

È necessario, tuttavia, analizzare i casi verificatisi nella prassi per poter avere contezza del fenomeno.

2. - Violazione di doveri tra coniugi. Ambito di applicazione del dovere.

I casi statisticamente più frequenti sono quelli di richiesta di risarcimento per violazione del dovere di fedeltà¹⁷. Di recente, una decisione della Corte di Cassazione¹⁸ ha specificato che anche a fronte della violazione di doveri matrimoniali, un eventuale risarcimento del danno non patrimoniale deve trovare fondamento, secondo i principi definiti dalle Sezioni Unite nella sentenza 11 novembre 2008, n. 26972¹⁹, in una violazione “grave” dei diritti inviolabili della persona²⁰. Nel caso di specie, tuttavia, si osserva che:

«Nel vigente diritto di famiglia, contrassegnato dal diritto di ciascun coniuge (...) di separarsi e divorziare, (...) ciascun coniuge può legittimamente far cessare il proprio obbligo di fedeltà proponendo domanda di separazione ovvero, ove ne sussistano i presupposti, direttamente di divorzio. Con il matrimonio, infatti, secondo la concezione normativamente sancita del le-

¹⁷ Essi sono stati anche i primi casi trattati dalla giurisprudenza. V., Cass. civ., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Fam. pers. e succ.*, 2005, 308; Cass. 4 maggio 2011 n. 18853, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, I, 174.

¹⁸ Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Dir. fam. e pers.*, 2012, 158; la Corte ha anche chiarito che la mancanza di addebito della separazione non esclude la possibilità di instaurare un differente giudizio di risarcimento del danno. Ciò anche in considerazione del fatto che se pure è vero che nella maggior parte dei casi il medesimo comportamento che giustifica l'addebito è anche fonte di risarcimento, nulla esclude che in astratto siano configurabili ipotesi di comportamenti non collegati alla violazione di doveri matrimoniali. Così, anche, Cass. 17 gennaio 2012, n. 610, in *Danno e resp.*, 2012, 867 ss.; Trib. Venezia, 14, maggio 2009, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 1885; Trib. Savona, 5 dicembre 2002, in *Fam. e dir.*, 2003, 248. Per l'opinione dottrinale v., G.M. RICCIO, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, cit., 592 ss.

¹⁹ La decisione è nota e ampiamente commentata. Si v., per tutti, P. PERLINGIERI, *L'onnipresenza art. 2059 c.c. e la tipicità del danno alla persona*, in *Rass. dir. civ.* 2009, 520 ss.

²⁰ Al riguardo la dottrina ha delineato i caratteri che deve assumere il danno non patrimoniale per essere risarcito. Si tratterebbe di una fattispecie aggravata sia dal contenuto assiologico dell'interesse leso sia da una particolare entità della lesione. In questi termini, F.D. BUSNELLI, *Le sezioni unite e il danno non patrimoniale*, *Riv. dir. civ.*, 2009, II, 97 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle Sezioni Unite*, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 21 ss.; V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, 147 ss.

gislatore, i coniugi non si concedono un irrevocabile, reciproco ed esclusivo “*ius in corpus*” (...) valevole per tutta la vita, al quale possa corrispondere un “diritto inviolabile” di ognuno nei confronti dell’altro, potendo far cessare ciascuno i doveri relativi in ogni momento con un atto unilaterale di volontà espresso nelle forme di legge. Nell’ottica di tale assetto normativo, se l’obbligo di fedeltà viene violato in costanza di convivenza matrimoniale, la sanzione tipica prevista dall’ordinamento è costituita dall’addebito con le relative conseguenze giuridiche, ove la relativa violazione si ponga come causa determinante della separazione fra i coniugi, non essendo detta violazione idonea e sufficiente di per sé a integrare una responsabilità risarcitoria del coniuge che l’abbia compiuta».

Quasi a dire, ma senza dirlo, che il diritto di famiglia e in special modo le norme sullo scioglimento del matrimonio, già offrono uno strumento idoneo a neutralizzare l’offesa ²¹. Resta tuttavia uno spiraglio per l’applicazione delle norme sul risarcimento, un caso che la stessa Corte reputa una «Evenienza che può verificarsi in casi e contesti del tutto particolari, ove [cioè] si dimostri che l’infedeltà, per le sue modalità e in relazione alla specificità della fattispecie, abbia dato luogo a lesione della salute del coniuge (lesione che dovrà essere dimostrata anche sotto il profilo del nesso di causalità). Ovvero ove l’infedeltà per le sue modalità abbia trasformato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell’offesa di per sé insita nella violazione dell’obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto» ²².

Non è dunque l’inadempimento in sé al dovere coniugale fonte di risarci-

²¹ Richiamando così l’idea di autonomia di un sistema familiare autosufficiente e impermeabile alle regole statuali. Per questa visione oltre agli autori citati *retro* nota 5, v., di recente, L. FRANCO, *Autonomia della famiglia e identità personale. Tra sovranità interna e sussidiarietà performativa europea*, Napoli, 2012, spec. 41 ss.

²² Nel decidere una questione simile, la giurisprudenza aveva già specificato che ai fini del risarcimento «non vengono (...) in rilievo comportamenti di minima efficacia lesiva, suscettibili di trovare composizione all’interno della famiglia in forza di quello spirito di comprensione e tolleranza che è parte del dovere di reciproca assistenza, ma unicamente quelle condotte che per la loro intrinseca gravità si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona», così, Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *personaedanno.it*.

mento, ma il fatto che quel comportamento abbia leso un bene costituzionalmente protetto²³.

In altri termini, il comportamento illecito non è caratterizzato dall'inadempimento ad un dovere coniugale ma dall'aver provocato una lesione della dignità del danneggiato. Ci si potrebbe chiedere allora quale sia l'autonomia della fattispecie rispetto ad ipotesi di danno alla persona per le quali non vi sia un preesistente rapporto giuridico tra danneggiante e danneggiato. E se si vuole affermare che la specificità sia rappresentata da una sorta di apertura del diritto di famiglia al sistema dell'illecito aquilano, bisogna avvertire che già nel lontano 1975, i giudici avevano affermato che «la violazione da parte di un coniuge dell'obbligo di fedeltà, a parte le conseguenze sui rapporti di natura personale, può anche costituire, in concorso di particolari circostanze, fonte di danno patrimoniale per l'altro coniuge, per effetto del discredito derivantegli; trattandosi però di un danno non necessariamente conseguente alla subita infedeltà, né da essa desumibile come potenziale, ma solo possibile nel caso concreto, per la pronuncia di una condanna generica al risarcimento di esso non può ritenersi sufficiente la semplice dimostrazione dell'infedeltà medesima, occorrendo anche la prova delle circostanze che abbiano determinato, nel caso specifico, l'incidenza patrimoniale concreta, o quantomeno potenziale, di quell'illecito»²⁴.

Resta, tuttavia, da verificare se, di là dall'adempimento al dovere di fedeltà,

²³ Cfr., nello stesso senso, Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Fam. e dir.*, 2013, 123 ss.; Cass., 17 gennaio 2012, n. 610, in *Fam. e dir.*, 2012, 254; Cass. 11 agosto 2011, n. 17193, in *Fam. e dir.*, 2013, 777 ss.; Cass. 11 giugno 2008, n. 15557, in *Fam. pers. e succ.* 2009, 778 ss.; Cass. 23 maggio 2008, n. 13431, in *Guida dir.* 2008, 41, 51 ss.; Trib. Trento, 22 giugno 2007, in *Resp. civ. e prev.*, 2009, 378; App. Brescia, 7 marzo 2007, in *Fam. e dir.*, 2008, 483; Trib. Brescia, 14 ottobre 2006, in *Fam. e dir.*, 2007, 59; Trib. Venezia, 3 luglio 2006, in *Resp. civ. e prev.*, 2006, 951; Trib. Busto Arsizio, 5 febbraio 2010, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, 473; Trib. Venezia, 14 maggio 2009, n. 9234, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, I, 90. Critico, sul punto, L. MORMILE, *L'illecito endofamiliare*, in *Studium iuris*, 2005, 41 ss. Sembra necessario osservare, tuttavia, che se pure è vero che la fedeltà è un obbligo avente rilievo giuridico e vincolatività, è anche vero che, come lo stesso autore afferma, che l'obbligatorietà del comportamento fa da cornice ad un contenuto che le stesse parti definiscono in comune raggiungendo l'accordo sull'indirizzo della vita familiare. Il riferimento, dunque, alla valutazione della condotta e alla lesione della dignità personale implica una valutazione che necessariamente deve essere operata tenendo nella giusta considerazione il significato che entrambi i concetti rivestono in quella famiglia. Al contrario la qualificazione contrattuale porterebbe necessariamente all'applicazione del paradigma inadempimento/sanzione.

²⁴ Cass. 19 giugno 1975 n. 2468, in *Mass. Foro it.*, 1975, 591.

che com'è noto è di difficile identificazione ²⁵, l'inadempimento degli altri doveri matrimoniali presenti specificità tali da giustificare l'autonomia del concetto di danno endofamiliare.

3. - Contenuto del dovere e imputabilità del danno.

Un ulteriore dovere coniugale del quale spesso si lamenta l'inadempimento è quello di assistenza morale; significativo, ai nostri fini, è un caso deciso dal Tribunale di Firenze ²⁶.

I giudici affrontano la vicenda di una donna affetta da schizofrenia paranoide che viene, in un primo tempo, abbandonata in casa dal marito, poi ricoverata e solo sporadicamente da questi assistita infine, al momento delle dimissioni, il marito rifiuta di riaccoglierla in casa. Ciò provoca alla donna ingenti danni di ordine psichico che, a detta degli esperti, ostacolano la guarigione. I giudici non esitano a riconoscere il danno e a condannare il marito poiché il suo comportamento non soltanto integrava un inadempimento del dovere di assistenza morale e materiale, ma poteva essere (ed è stato) reputato fonte di responsabilità *ex art.* 2043 c.c. Specificamente, secondo la decisione del Tribunale, la condotta, qualificata come omissiva ²⁷, è idonea a fondare sia la pronuncia di addebito della

²⁵ «L'obbligo di fedeltà è sicuramente impegno globale di devozione, che presuppone una comunione spirituale tra i coniugi, volto a garantire e consolidare l'armonia interna tra essi (in tale ambito, la fedeltà sessuale è soltanto un aspetto, ma sicuramente assai rilevante). Quanto all'addebito, esso sussiste se vi siano violazioni degli obblighi matrimoniali, di regola gravi e ripetute, che diano causa all'intollerabilità della convivenza, ciò anche per l'obbligo di fedeltà, come per qualsiasi altro obbligo coniugale»: Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *www.iusexplorer.it/Dejure*. Ma ormai da tempo la giurisprudenza, sul punto è unanime; cfr., Cass., 21 settembre 2012, n. 16089, in *www.iusexplorer.it/Dejure*; Cass., 22 settembre 2008, n. 23939, in *Guida dir.*, 2008, 43, 54; Cass., 7 luglio 2008, n. 18613, in *Foro it.*, 2008, 3157; Cass., 28 maggio 2008, n. 14042, in *Guida dir.*, 2008, 26, 65; Cass., 23 maggio 2008, n. 13431, in *Guida dir.*, 2008, 41, 51. Il dibattito si inserisce in quello più ampio del diritto alla sessualità, per il quale v., Corte Cost. 18 dicembre 1987, n. 561, in *giurcost.org*; Cass., Sez. un., 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974 e 269759, in *www.iusexplorer.it/Dejure*; Cass., 31 maggio 2003, nn. 8827 e 8828, in *www.iusexplorer.it/Dejure*; Cass., 11 giugno 2009, n. 13547, in *www.iusexplorer.it/Dejure*; Trib. Napoli, 13 aprile 2007 n. 3996, in *Giust. civ.*, 2008, 3033.

²⁶ Trib. Firenze, 13 giugno 2000, in *Fam. e dir.*, 2001, 161.

²⁷ Sul punto è nota l'evoluzione giurisprudenziale che ha visto contrapposti due orientamenti. Uno secondo il quale affinché una condotta omissiva potesse essere considerata fonte di responsabilità, era reputato necessario l'inadempimento di precisi obblighi e non una semplice antidoverosità sociale (Cass., 9 gennaio 1979, n. 116, in *Foro it. repertorio*, 1979, voce *Resp. civ.*, n. 50; Cass., 6 aprile 1992, n. 2134, in *Foro it.*, 1982, I, 1571; Cass., 25 settembre 1998,

separazione²⁸, sia la declaratoria di responsabilità del coniuge per i danni derivanti alla donna sul piano dell'integrità psicofisica, con la conseguente condanna al risarcimento del c.d. danno biologico.

Il caso da ultimo riportato è sicuramente un caso limite che non lascia spazio a indecisioni di sorta in merito all'opportunità della tutela della donna. Esso lascia però insinuarsi un dubbio sulla fonte del dovere di

n. 9590, in *Giust. civ.*, 1999, I, 94; l'altro che invece reputa ammissibile l'imputabilità ogniqualvolta sia possibile individuare un obbligo di attivarsi a seguito della chiara consapevolezza del pericolo di danno altrui (Cass., 29 luglio 2004, n. 14484, in *Giust. civ. Mass.* 2004, 7-8; Cass., 9 luglio 1998, n. 669, in *Danno e resp.*, 1999, 48).

²⁸ Nella maggior parte delle ipotesi il danno da illecito endofamiliare viene richiesto in cause di separazione o divorzio e la giurisprudenza è molto accorta nel ricercare il collegamento tra il comportamento illecito e l'intollerabilità della convivenza, sia pure facendo attenzione a non confondere e sovrapporre risarcimento e addebito. La distinzione è efficacemente delineata da Cass., 1 giugno 2012, n. 8862, in *Fam. e dir.*, 2013, 123 ss.: «la violazione di obblighi nascenti dal matrimonio (...) da un lato è causa di intollerabilità della convivenza, giustificando la pronuncia di addebito, con gravi conseguenze, com'è noto, anche di natura patrimoniale, dall'altro, si configura come comportamento (doloso o colposo) che, incidendo su beni essenziali della vita, produce un danno ingiusto, con conseguente risarcimento, secondo lo schema generale della responsabilità civile. Possono dunque sicuramente coesistere pronuncia di addebito e risarcimento del danno, considerati i presupposti, i caratteri, le finalità, radicalmente differenti». Cfr., altresì, Cass., 15 settembre 2011, n. 18853, in *Fam. e dir.*, 2012, 254 ss., che ammette il risarcimento anche ove non sia riconosciuta l'addebitabilità. Ammette il risarcimento anche in assenza di addebito, L. BARBIERA, *Il matrimonio*, Padova, 2006, 255. La dottrina sottolinea che un eventuale automatismo tra addebito della separazione e risarcimento snaturerebbe dirigendola verso la sanzione la funzione dell'addebito. Cfr., P. ZATTI, *I diritti e doveri che nascono dal matrimonio e la separazione dei coniugi*, in P. ZATTI-F. SANTOSUSSO-B. GRASSO-L. BARBIERA-C.A. GRAZIANI (a cura di), *Persone e famiglia*, in P. RESCIGNO (diretto da) *Trattato di diritto privato*, III, 2, Torino, 1982, 147 ss.; S. PATTI, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 77. Ciò può significare che se una caratterizzazione unitaria può essere data, questa è da ricercare nella rottura di quella comunione familiare che a volte giustifica comportamenti al limite con l'illecito ma che non può, al contrario, giustificare lesioni dei diritti personali. Sul punto, oramai, dottrina e giurisprudenza sono unanimi. Cfr., V. CARBONE, *Tutela dei valori costituzionali della persona e status coniugale: risarcibile il danno morale da adulterio*, in *Corr. giur.*, 2011, 1633; G. FACCI, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, cit., 5 ss.; G.F. BASINI, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno «endofamiliare» tra coniugi*, cit., 97 ss.; G. FERRANDO, *Crisi coniugale e responsabilità civile*, cit., 48 ss.; F. RUSCELLO, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano, 2000, 25 ss. Illuminanti, le parole di R. TOMMASINI, *I rapporti personali nella famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, II, 681: «Il diverso ordine di beni e d'interessi tutelati, nel primo caso la coesione della famiglia legittima, nel secondo i diritti personalissimi del singolo, evidenziano che non si attua una duplicazione di sanzioni, ma la realizzazione e la tutela di valori diversi: dalla violazione dei doveri nascenti dal matrimonio scaturisce l'addebito della separazione, dalla lesione dei diritti fondamentali della persona umana discende l'applicazione della clausola generale di responsabilità civile». Quanto poi alla cumulabilità delle domande, il rapporto tra addebito della separazione e risarcimento del danno è da tempo oggetto di decisioni non univoche della giurisprudenza di merito. Cfr., App. Roma 12 maggio 2010 in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 866; in senso contrario, Trib. Milano, 20 marzo 2009, n. 3862, in www.iusexplorer.it/Dejure; Trib. Milano, 11 marzo 2009, n. 3318, in www.iusexplorer.it/Dejure; Trib. Milano, 10 febbraio 2009, n. 1767, in www.iusexplorer.it/Dejure.

comportamento, dubbio la cui soluzione potrebbe essere dirimente nella caratterizzazione dell'illecito endofamiliare. Il dubbio è questo: se tra i due non vi fosse stato un rapporto di tipo familiare il comportamento dell'uomo, per quanto deprecabile, sarebbe stato fonte di responsabilità? In altre parole: è l'inadempimento del dovere di cui all'art. 143 c.c. a fondare la responsabilità, oppure l'imputabilità può essere desunta da altre norme? E se tra le parti non preesiste alcun rapporto giuridico quale è la situazione (di fatto?) che giustifica il risarcimento del danno?

Prima di tentare una risposta sembra opportuno valutare un ulteriore caso, deciso dalla Suprema Corte ²⁹.

Una donna, dopo aver ottenuto dall'autorità ecclesiastica la dispensa dal matrimonio contratto e dal Tribunale la sentenza di divorzio per inconsumazione, aveva chiesto che l'*ex* coniuge fosse condannato al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale subito a causa della sua condotta illecita e contraria ai canoni di lealtà, correttezza e buona fede, per non averla informata prima delle nozze delle sue condizioni fisico-psichiche o della sua incapacità *coeundi*, e per aver omesso dopo il matrimonio, onde evitare che le sue condizioni di salute fossero conosciute da terzi, di sottoporsi alle opportune cure.

La Corte, per fondare il riconoscimento di un diritto al risarcimento, richiama l'esistenza di obblighi di lealtà correttezza e solidarietà anche nella fase precedente al matrimonio «pur in mancanza, allo stato, di un vincolo coniugale, ma nella prospettiva della costituzione di tale vincolo» ³⁰.

Dunque, l'assenza di un rapporto matrimoniale non osta alla antigiuridicità del comportamento del danneggiante, ma è richiesta una tensione delle parti alla costituzione di un vincolo, sia pure futuro.

E se, invece, detta prospettiva di costituzione del vincolo mancasse?

²⁹ Cass., 10 maggio 2005, n. 9801, in *Dir. e giust.*, 2005, 22, 14.

³⁰ La decisione è sicuramente più attuale nei contenuti di quella resa in un caso simile da Cass., 8 luglio 1993, n. 7493 in *Resp. civ. e prev.*, 1995, 949, ove i giudici avevano inquadrato un comportamento non improntato a lealtà in una fase precedente il matrimonio, nella seduzione con promessa di matrimonio. Più attuale, si diceva, ma non per questo realmente diversa poiché ciò che giustifica la decisione è pur sempre il futuro matrimonio.

È nuovamente una sentenza del tribunale di Firenze ad aggiungere un tassello in più al percorso ³¹.

Un uomo chiede il risarcimento del danno derivatogli dal comportamento della compagna (non coniuge, né convivente) che avrebbe ingenerato in lui la falsa rappresentazione di essere il padre biologico della figlia, nata durante la loro relazione sentimentale ancorché non formalizzata nel matrimonio e senza permanente convivenza. È questa, dunque, una ipotesi nella quale tra i soggetti manca un rapporto giuridico ed essi non sono tenuti al rispetto dei doveri di fedeltà, assistenza morale e materiale di cui all'articolo 143 c.c. ³².

Eppure i giudici, sulla base della constatazione che «per fondare l'imputabilità della condotta omissiva all'agente, non è necessaria una specifica fonte legale o negoziale, potendo essere sufficiente anche l'instaurazione di una particolare situazione che esiga una determinata attività a tutela di un diritto altrui», condanna la donna al risarcimento. A fondamento della decisione, vengono richiamati l'esistenza di un rapporto di fatto e il principio dell'affidamento, nonché la struttura aperta dell'art. 2043 c.c. «incentrata sull'esigenza solidaristica di tutela del danneggiato, che consente di escludere la necessità di rinvenire un fondamento normativo o negoziale specifico a tale obbligo».

Dunque, se bene intendiamo il percorso argomentativo, il comportamento del danneggiante è illecito quando ci si trovi in una “particolare situazione”, anche di fatto, tale da esigere una attività a tutela di un diritto altrui, ciò anche in considerazione del fondamento solidaristico dell'art. 2043 c.c. Sennonché, così argomentando, non si fa altro che spostare a monte il problema interpretativo. Cioè: quali sono le caratteristiche conformanti la situazione di fatto che impone tale attività di tutela, il cui inadempimento giustifica il risarcimento? In quest'ottica siamo ben lon-

³¹ Trib. Firenze 2 febbraio 2015, n. 280, in *Corti fiorentine*, 2015, 37 ss., con nota di A.C. NAZZARO, *Responsabilità e affidamento nel riconoscimento del figlio: riflessioni a margine di una recente decisione del Tribunale di Firenze*.

³² La mancanza anche di un rapporto di convivenza non rende utilizzabili neanche le tutele che oramai da tempo dottrina e giurisprudenza riconoscono attuabili nella coppia di fatto. V., ad esempio, per l'affermazione dell'applicabilità analogica dell'art. 143 c.c. anche alle convivenze senza matrimonio Trib. Savona, 10 giugno 2002, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, I, 905; oppure, per l'attuazione delle medesime tutele utilizzando, tuttavia, lo strumento delle obbligazioni naturali, Cass., 22 gennaio 2014, n. 1277, in *DirittoeGiustizia.it*, 2014.

tani dal dovere di *neminem laedere*, richiedendosi invece un comportamento positivo che, a rigore, deve ancora trovare la sua fonte.

Fonte che, nell'ipotesi in esame, sembra ancora di carattere familiare.

I giudici, infatti, per rafforzare la motivazione della propria decisione sentono l'obbligo di aggiungere che «il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare»³³.

Ma famiglia non c'era, e neppure convivenza, pur tuttavia il richiamo è nuovamente al danno endofamiliare.

Per vero la sentenza si inserisce in una tendenza giurisprudenziale ad allargare il concetto di famiglia e soprattutto di tutela dei membri non soltanto oltre il matrimonio ma anche oltre la convivenza³⁴. Ciò che stupisce è la necessità di cercare un fondamento alla responsabilità che vada oltre i presupposti dell'art. 2043 c.c. Delle due l'una, o la ricerca approda a conseguenze differenti, come ad esempio l'applicazione di un regime di responsabilità più cogente di quella extracontrattuale (come pure parte della dottrina ha proposto richiamando la disciplina degli

³³ Richiamando, peraltro, una nota giurisprudenza che ha affermato la comparabilità, in tema di doveri familiari, tra matrimonio e convivenza stabile, si afferma che «La stessa Suprema Corte ha di fatti recentemente affermato che “l’insussistenza sia normativa che giurisprudenziale dell’ipotesi di violazione degli obblighi familiari in ipotesi di persone unite da solo vincolo di convivenza *more uxorio* (ma alla luce di quanto detto sopra, anche in riferimento ad un semplice rapporto sentimentale di natura occasionale), è un’affermazione che non può essere applicata automaticamente in quanto è necessario verificare in concreto la sussumibilità del diritto di cui si denunciava la lesione nella categoria dei diritti fondamentali della persona, a prescindere dal tipo di unione al cui interno detta lesione si sarebbe verificata” (cit. Cass. n. 15481 del 2013)». La sentenza richiamata dai giudici è quella decisa da Cass., 20 giugno 2013, n. 15481, in *Giust. civ.*, 2013, 1357, la quale ammette il risarcimento del danno in una ipotesi di convivenza a seguito dell’allontanamento di uno dei conviventi il quale aveva poi intrapreso una nuova relazione sentimentale sulla base della considerazione che «La violazione dei diritti fondamentali della persona – deve ora aggiungersi, alla stregua delle argomentazioni sin qui svolte – è, altresì, configurabile, alle condizioni descritte, all’interno di una unione di fatto, che abbia, beninteso, caratteristiche di serietà e stabilità, avuto riguardo alla irrinunciabilità del nucleo essenziale di tali diritti, riconosciuti, ai sensi dell’art. 2 Cost., in tutte le formazioni sociali in cui si svolge la personalità dell’individuo (v., in tal senso, Cass. sent. n. 4184 del 2012)».

³⁴ Si veda ad esempio la decisione presa da Trib. Firenze, 26 marzo 2015, n. 1011, in www.usesplorer.it/Dejure, ove si riconosce il risarcimento alla fidanzata non convivente per morte del partner. In tal senso cfr. Anche, Cass. pen., 10 novembre 2014, n. 46531, in *altalex.com*.

obblighi di protezione ³⁵⁾, o l'esistenza dell'illecito e dell'ingiustizia del danno devono essere sufficienti per fondare una responsabilità che conduca ad un risarcimento *ex art. 2043* ³⁶⁾.

Ciò che risalta, come si diceva, è la necessità di qualificazione della condotta, più che la prova del danno, comunque necessaria; condotta che per essere punita deve essere valutata in ragione della sua antigiuridicità. Così, nel primo dei casi analizzati il comportamento del marito ha sì causato un danno, ma esso era imputabile soltanto in ragione dell'inadempimento del dovere di assistenza morale *ex art. 143 c.c.*, in caso contrario, e in assenza di un qualunque altro rapporto giuridico, il danno, pur presente e provato non sarebbe stato imputabile all'autore del comportamento improntato, per così dire, all'indifferenza. Nel secondo caso, invece, pur in assenza di un qualsivoglia rapporto giuridico i giudici hanno valutato come rilevante il rapporto di fatto esistente; rilevante al punto tale da imporre un comportamento positivo e, in caso di inadempimento, riconoscere il diritto al risarcimento del danno. Sull'esistenza di tale specificità della situazione nel caso esaminato si potrebbe forse discutere, ma non è questa la sede adatta. Ciò che invece rileva ai nostri fini è che se si volesse derivare una caratterizzazione “endofamiliare” del danno, si amplierebbe troppo l'angolo di osservazione.

4. - Il danno endofamiliare senza famiglia e senza convivenza.

L'altro grande insieme di ipotesi che si è soliti ricomprendere nella genia dei danni endofamiliari è quello che annovera i casi che coinvolgono i rapporti tra genitori e figli.

³⁵⁾ C. RIMINI, *Il danno conseguente alla violazione dei doveri matrimoniali*, in *Fam. pers. e succ.*, 2010, 620 ss. L. MORMILE, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino 2013, 31 ss. Critici nei confronti dell'applicazione dell'art. 2043 c.c., ma non completamente convinti della qualificazione in termini di contrattualità M. PARADISO, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, cit., 14 ss.; A. NICOLUSSI, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, cit., 929 ss. La maggior parte della dottrina è comunque orientata nel senso della extracontrattualità. Cfr., P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Violazione dei doveri coniugali. Immunità o responsabilità*, cit., 624 ss.; G. OBERTO, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano, 2006, 24 ss.; G. FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, cit., 412 ss.

³⁶⁾ Per una accurata disamina delle ragioni che giustificano la qualificazione extracontrattuale del danno endofamiliare v., E. CAMILLERI, *Illeciti endofamiliari e sistema della responsabilità civile nella prospettiva dell'european tort law*, in *Eu. e dir. priv.*, 2010, 145 ss.

È oramai nota la decisione della Corte di Cassazione ³⁷ che condanna al risarcimento del danno un padre che non soltanto aveva rifiutato il riconoscimento del figlio, ma si era anche disinteressato del suo sviluppo, pur avendo consapevolezza della sua nascita ³⁸. Il percorso argomentativo è lineare e quasi scontato: innanzitutto si ribadisce che «l'obbligo del genitore naturale di concorrere nel mantenimento del figlio insorge con la nascita dello stesso, ancorché la procreazione sia stata successivamente accertata con sentenza ³⁹, atteso che la sentenza dichiarativa della filiazione naturale produce gli effetti del riconoscimento» ⁴⁰. Poi si aggiunge che «la sussistenza di tale obbligo, raccordata alla consapevolezza del concepimento, come sopra evidenziata, esclude la fondatezza della tesi secondo cui la responsabilità (...) dovrebbe escludersi in assenza di specifiche richieste», poiché «soccorre il principio secondo cui l'obbligo dei genitori di mantenere i figli (artt. 147 e 148 c.c.) sussiste per il solo fatto di averli generati e prescinde da qualsivoglia domanda, sicché nell'ipotesi in cui al momento della nascita il figlio sia riconosciuto da uno solo dei genitori, tenuto perciò a provvedere per intero al suo mantenimento, non viene meno l'obbligo dell'altro genitore per il periodo anteriore alla pronuncia della dichiarazione giudiziale di paternità o maternità naturale, essendo sorto sin dalla nascita il diritto del figlio naturale ad essere mantenuto, istruito ed educato nei confronti di entrambi i genitori (Cass., 2 febbraio 2006, n. 2328)».

Del resto, soprattutto nel rapporto genitori-figli, già da tempo i giudici, sono

³⁷ Cass., 10 aprile 2012, n. 5652, in *www.iusexplorer.it/Dejure*. Sul punto tuttavia la giurisprudenza è concorde già da tempo, cfr. Cass., 7 giugno 2000, n. 7713, in *Giur. it.*, 2000, 1352 ss.; Trib. Venezia, 30 giugno 2004, in *Fam. e dir.*, 2005, 297; Trib. Roma, 27 ottobre 2011, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, I, 392 ss.; Trib. Torino, 10 febbraio 2014, in *Giur. it.*, 2014, 1890 ss.;

³⁸ Nello stesso senso, di recente, anche, Cass. 16 febbraio 2015 n. 3079, in *www.iusexplorer.it/Dejure*. La decisione, in tal senso, più risalente è comunque quella di Cass., 7 giugno 2000 n. 7713, *Fam. e dir.*, 2001, 159 ss.

³⁹ Sul punto la giurisprudenza è oramai unanime. V., tra le ultime, Cass., 16 febbraio 2015 n. 3079, in *Giur. it.*, 2015, 2333 ss., con nota di D. MARCELLO, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*; Cass., 20 dicembre 2011, n. 27653, in *www.iusexplorer.it/Dejure*; Cass., 3 novembre 2006, n. 23596, in *Foro it.*, 2007, I, 86.

⁴⁰ «E quindi, ai sensi dell'art. 261 c.c., implica per il genitore tutti i doveri propri della procreazione legittima, incluso quello del mantenimento ai sensi dell'art. 148 c.c., ricollegandosi tale obbligazione allo status genitoriale e assumendo, di conseguenza, efficacia retroattiva (Cass., 17 dicembre 2007, n. 26576) con decorrenza, dalla nascita del figlio (Cass., 11 luglio 2006, n. 15756; Cass., 14 maggio 2003, n. 7386; Cass., 14 febbraio 2003, n. 2196)».

inclinati a riconoscere il danno derivante dal comportamento dei genitori che risultino inadempienti ai doveri di educazione ⁴¹, o agli obblighi di cura ⁴², valutando come fonte di responsabilità la «insanabile lontananza emotiva» di un genitore che si limiti a contribuire al mantenimento dal solo punto di vista economico ⁴³, anticipando, così, anche conclusioni che oggi appaiono scontate alla luce della riforma della filiazione e cioè che il rapporto di filiazione si instaura indipendentemente dal matrimonio. Sembra vano discorrere della necessità dell'atto matrimoniale nella costruzione dell'istituto familiare, soprattutto se riferito ad ipotesi di famiglie monogenitoriali o famiglie ricomposte ⁴⁴: le decisioni richiamate non hanno necessità, per riconoscere il risarcimento del danno, di richiamare categorie ulteriori come quella del danno endofamiliare.

Non è, dunque, la famiglia la situazione che connota le fattispecie in parola.

5. - Danno endofamiliare e comportamento omissivo.

Famiglia, rapporti tra coniugi, rapporti con i figli, obblighi per così dire prefamiliari, obblighi derivanti dalla convivenza o anche da rapporti occasionali; tutto sembra compreso nella locuzione endofamiliare: l'ampiezza del concetto è tale da non potersi ricondurre all'esistenza di un vincolo familiare, sia pure non circoscritto alla sola famiglia fondata sul matrimonio. Né tuttavia sembra sufficiente un generico richiamo al *neminem laedere*, perché altrimenti alcune ipotesi non troverebbero tutela.

In altri termini, se è sicuramente condivisibile l'affermazione per cui «il

⁴¹ Trib. minorenni L'Aquila 8 luglio 2005, in *Dir. fam. e pers.*, 2006, I, 191; i giudici hanno condannato al risarcimento un padre che non solo insisteva perché la donna abortisse, ma che non si era mai dedicato all'educazione del figlio: si parla di violazione in sé del dovere di assistenza ed educazione qualificato come voce autonoma di danno qualora il genitore ometta deliberatamente di costituire per il figlio un modello parentale valido e fecondo sul piano educativo.

⁴² Trib. di Messina, 29 gennaio 2008, in *Giur. locale - Messina*, 2008; uno dei genitori è stato reputato responsabile per non aver assolto agli obblighi di cura e di presenza nella vita del minore. Cfr., altresì, Trib. Roma, 11 gennaio 2012, in *Resp. civ. e prev.*, 2012, 314, ove si riconosce il danno per un minore ove il genitore, pur avendo riconosciuto il figlio e provveduto adeguatamente al suo mantenimento, sia venuto meno gli obblighi c.d. «di cura e affetto».

⁴³ Trib. minorenni L'Aquila 8 giugno 2007, in <http://www.mircominardi.it/283/il-disinteresse-del-padre-giustifica-la-decadenza-dalla-potesta-genitoriale>.

⁴⁴ Per un'analisi del problema sia consentito il rinvio a A.C. NAZZARO, *La famiglia di fatto e le categorie del diritto civile*, in *Giustiziacivile.com*, 15 ottobre 2014.

rapporto matrimoniale non è esecuzione [o forse meglio effetto] dell'atto di matrimonio, allo stesso modo in cui il rapporto contrattuale è esecuzione del contratto ⁴⁵ », per cui non sembra possibile in questa materia richiamare l'art. 1218 c.c. ⁴⁶, neanche sembra tuttavia possibile far ricadere le ipotesi in oggetto nell'applicazione meccanica dell'art. 2043, ciò perché in tutti i casi richiamati la responsabilità si fonda sulla violazione di precisi doveri o derivanti dal matrimonio, o dalla filiazione o dall'esistenza di un rapporto di fiducia comunque instauratosi. In quest'ultima ipotesi, tuttavia, si richiederà una prova (se possibile ancor più) rigorosa del danno e del nesso di causalità. Si pensi, ad esempio, al caso di violazione del dovere di assistenza morale deciso dal Tribunale di Firenze nel 2000 e poc'anzi richiamato è proprio l'esistenza del dovere di assistenza morale a fondare il giudizio di responsabilità, in sua assenza, e in assenza di un altro tipo di rapporto giuridico tra soggetto agente e soggetto leso, il danno non sarebbe stato imputabile.

In fondo, ciò è vero per tutte le ipotesi di danno da omissione: omissione di informazione tra medico e paziente, omissioni nei rapporti tra datore di lavoro e lavoratore ⁴⁷, il danno derivante da inerzia della P.A., i danni da omissione degli amministratori, i danni da omessa vigilanza da parte degli insegnanti; sono tutte ipotesi nelle quali tra le parti esiste comunque un pregresso rapporto giuridico anche se non legato specificamente all'evento dannoso.

Peraltro la giurisprudenza di legittimità si è occupata di recente proprio del tema del danno da omissione affermando che l'imputabilità può derivare non soltanto quando una norma o specifici rapporti impongano di

⁴⁵ G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno: un ulteriore intervento della S.C.*, in *Fam. e dir.*, 2013, 128.

⁴⁶ È vero infatti «che i protagonisti della vicenda non stanno nel rapporto di estraneità regolato dalla generale prescrizione dell'*alterum non laedere*», (L. MORMILE, *L'illecito endofamiliare*, cit., 41 ss., spec. 42.), ma è pur vero che non ogni rapporto è contratto. Sul punto v., altresì, F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, 91, ove si specifica che la c.d. responsabilità contrattuale è responsabilità da inadempimento di obbligazioni che non sempre nascono da contratto.

⁴⁷ Si v., ad esempio, Trib. Marsala, 21 giugno 2005, in *personaedanno.it*, sull'imputabilità del danno da infortunio del lavoratore al datore di lavoro.

attivarsi per impedire l'evento, ma anche quando tale obbligo possa derivare da principi desumibili dall'ordinamento positivo ⁴⁸.

Dunque, non soltanto violazione specifica dell'art. 143 c.c. ma anche semplice (se così si può chiamare) violazione di quel dovere di lealtà e di solidarietà che si impone in determinati rapporti personali. Resta però da verificare, nelle ipotesi nelle quali non esista un rapporto giuridico pregresso, quale sia l'intensità del rapporto di fatto che giustifica il risarcimento. È, cioè, necessario specificare ulteriormente il concetto per non incorrere nell'inconveniente di ampliare eccessivamente i danni risarcibili. Così è opportuno distinguere le ipotesi che si giustificano sulla base di una solidarietà, sia pure derivata dalla solidarietà familiare, come ad esempio quelli in cui essendovi convivenza si afferma l'applicazione analogica dei doveri matrimoniali, o quelli derivanti dalla filiazione, valevoli anche in assenza di matrimonio o di convivenza, dai casi nei quali manchi completamente un pregresso rapporto giuridico positivamente valutabile al fine dell'imposizione di una condotta. In queste ipotesi, al fine di giustificare il risarcimento del danno, è necessaria la presenza di un ulteriore atto del quale peraltro si dimostri la causalità con il comportamento del danneggiante. Così nelle ipotesi di danni derivanti dall'infedeltà del partner non coniugato e non convivente, l'infedeltà in sé non può essere fonte di risarcimento (ma, si è visto, neanche lo può essere nel caso di violazione al dovere matrimoniale) ove manchi un atto ulteriore che giustifichi il risarcimento del danno. Nell'ipotesi, in precedenza esaminata, del caso deciso dal Tribunale di Firenze, ove si riconosceva il danno indotto dal comportamento della donna che aveva ingenerato nell'uomo la falsa rappresentazione di essere il padre biologico del figlio, ciò che giustifica il risarcimento è l'ulteriore atto giuridico del riconoscimento e la prova dell'induzione ⁴⁹. Significativa, al riguardo è anche una sentenza della Corte di Appello di Milano ⁵⁰, che ammette il risarcimento del “danno esistenziale”, quale conseguenza della dichiarazione di nullità del matri-

⁴⁸ Cass. 23 maggio 2006, n. 12111, in *Danno e resp.*, 2007, 163.

⁴⁹ Non risulta cioè sufficiente una semplice negligenza della parte danneggiante, come sembra invece voler ricavare dalla sentenza D. AMIRAM, *Mater semper certa est, pater numquam e il danno da falsa rappresentazione della paternità*, in *Nuova giur. civ.*, 2015, 10698 ss.

⁵⁰ App. Milano 12 aprile 2006, in *Fam. e dir.*, 2006, 509.

monio viziato da errore essenziale sulle qualità del coniuge, consistente nello stato di gravidanza causato da persona diversa dal marito, sotto il duplice profilo del danno da privazione affettiva per la perdita della qualità di padre, a seguito dell'accertata non paternità biologica del figlio ricorrente e del danno cagionato dal comportamento della convenuta, che avrebbe inciso sulla libertà matrimoniale del futuro marito. Qui non si tratta di inadempimento del dovere di fedeltà matrimoniale, tanto che il rimedio non è il divorzio ma la nullità, si tratta però comunque di una fattispecie dannosa sorretta dal susseguente matrimonio, in assenza del quale non vi sarebbe stato danno risarcibile. Del resto, sembra superfluo ricordare, non è sufficiente un disagio sociale a giustificare il risarcimento quando esso non si traduca oggettivamente in una fattispecie di danno. Ne è una riprova l'art. 81 c.c. a norma del quale la promessa di matrimonio inadempita può essere risarcita soltanto se «fatta vicendevolmente per atto pubblico o per scrittura privata» e soltanto nei limiti delle spese fatte e delle obbligazioni contratte a causa di quella promessa. Si tratta di inadempimento ad un vincolo giuridico, che tuttavia, trattandosi di rapporti che limitano la libertà personale, nei quali il consenso è sempre revocabile, non apre ad un reale risarcimento del danno ma ad una restituzione delle spese ⁵¹.

Certo nulla esclude che in concreto possa essersi verificato un danno risarcibile ⁵², ma nuovamente non per la fattispecie in sé, ma per il com-

⁵¹ Per la necessità di definire l'ingiustizia sulla base del bilanciamento tra interesse del danneggiante e del danneggiato V., F. QUARTA, *La funzione deterrente della responsabilità civile*, Napoli, 2010, 63 ss.; nello stesso senso, V. SCALISI, *Danno alla persona e ingiustizia*, cit., 147 ss. Sulle aperture del sistema della responsabilità civile alla relazionalità, V. P. RESCIGNO, *Note minime attorno alla responsabilità civile*, in *Liber amicorum per Francesco D. Busnelli*, II, Milano, 2008, 450 ss. Rapporto relazionale che tuttavia non deve necessariamente assumere il carattere di familiarità. In altre parole non si vuole qui affrontare la tematica, che ha comunque oramai perso di attualità, della applicabilità dei rimedi familiari anche alla c.d. famiglia di fatto. Per questo aspetto specifico, riguardo al tema che si sta qui trattando cfr., G. FERRANDO, *Violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, cit., 429 ss.; L. GAUDINO, *La responsabilità civile endofamiliare*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 1259 ss.; G. DI ROSA, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Famiglia*, 2008, 3 ss.

⁵² V., sul punto, le osservazioni di G. FACCI, *Infedeltà coniugale e risarcimento del danno*, cit., 2013, 132 ss., in quale osserva come il ricorso alla clausola generale dell'ingiustizia del danno possa condurre ad evitare ogni automatismo tra violazione di doveri matrimoniali e risarcimento per condurre a valutare se effettivamente quel comportamento non sia solo inadempimento dell'obbligo ma abbia altresì causato un danno risarcibile.

portamento dell'inadempiente che deve essere stato tale da ledere un diritto personalissimo⁵³.

Si ritorna allora alle indicazioni fornite dalla nota sentenza della Cassazione che ha definito i criteri per il risarcimento del danno esistenziale e la caratterizzazione del rapporto come endofamiliare nulla aggiunge alla questione⁵⁴.

⁵³ Significativo, in proposito, è che nel caso di famiglia non fondata sul matrimonio l'illiceità del comportamento del convivente che abbia violato doveri coniugali è giustificata dal principio dell'affidamento sulla coerenza del comportamento rispetto allo standard concordato. V., Cass. 10 maggio 2005, n. 9801, in *Giust. civ.*, 2006, I, 93, anche se in un caso di convivenza finalizzata al matrimonio. Diversamente, Trib. Genova 25 settembre 2009, in *Fam. e dir.*, 2010, 389, non ammette il risarcimento del danno chiesto da una donna per l'infedeltà del convivente pur in un progetto comune di fecondazione assistita. La decisione, tuttavia, si inserisce nel solco delle limitazioni alla risarcibilità del danno non patrimoniale dovendosi valutare l'offensività della condotta e la gravità della lesione piuttosto che la situazione relazionale che si incrina. Sul ruolo dell'interprete nella lettura delle norme per adeguarle evolutivamente al caso concreto cfr., senza pretesa di completezza, P. PERLINGIERI, *Strumenti e tecniche dell'insegnamento del diritto civile*, in Id., *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, 521 ss.; P. PERLINGIERI-P. FEMIA, *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile*, Napoli, 2004, 41; P. PERLINGIERI, *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, spec. 27 ss.; G. D'AMICO, *Complessità e unitarietà nell'ordinamento giuridico nel prisma dell'interpretazione. Il contributo di un Maestro*, in *Corti calabresi*, 2008, 657 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, 914 ss.; P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica*, in *Giust. civ.*, 2009, 65 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, 135 ss.; F. GENTILE, *La controversia alle radici dell'esperienza giuridica*, in P. PERLINGIERI (a cura di), *Soggetti e norma, individuo e società*, Napoli, 1987, 143 s.; G. CAPOGRASSI, *Scienza ed esperienza. Identità dei due problemi*, in Id., *Il problema della scienza del diritto*, Milano, 1962, 251.

⁵⁴ L'equivoco deriva dal tentativo di parte della dottrina di voler far ricadere sempre il danno alla persona nell'ambito di operatività dell'art. 2059 c.c., relegando l'art. 2043 ai soli danni patrimoniali. Critica questa tendenza, P. PERLINGIERI, *L'art. 2059 c.c. uno e bino: una interpretazione che non convince*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, 775 ss.